

que las sanciones se imponen directamente y sin sujeción a procedimiento. El autor, critica las razones aducidas por la jurisprudencia para justificar esta praxis, dentro del proceso expansivo de la noción de orden público (vago, impreciso, indeterminado) pues «una cosa es la adopción de medidas adecuadas para la conservación y restauración de sanciones». No tiene validez jurídica, a la luz del vigente Derecho positivo, la habilitación para sancionar de plano; no es correcto sostener, que la Administración pueda sancionar las conductas contrarias al orden público sin que exista el trámite previo de la audiencia; por ello, existe indefensión aunque la sanción sea recurrible con posterioridad, o el sancionado haya sido interrogado por la policía.

Así, pues, recapitulando, dentro de una moderna línea metodológica que presta especial atención a la experiencia casuística del Derecho, Lorenzo Martín Retortillo culmina un riguroso estudio centrado en el inadecuado poder sancionatorio de la Administración. Presenta con elegancia y claridad las irregularidades procedimentales y de fondo de una potestad sancionatoria fundada en un concepto inconcreto y difuminado.

El estudio arroja luz sobre cualquier intento de reconstrucción de la teoría general del ejercicio del poder político en la actual sociedad española, y se constituye en pieza clave a la hora de contrastar la vigencia jurídica del propio Derecho administrativo; es, en definitiva, un ensayo sobre la propia inconsistencia de las nociones tradicionales de división de poderes o funciones, y de estado de Derecho.

No puedo menos que felicitarle por la existencia de un estudio serio sobre tema tan difícil, máxime cuando quien lo culmina, en una etapa de crisis, es un universitario de corazón que puede y debe ser ejemplo para aquellos que nos iniciamos en la vida universitaria.

JOSE A. ALVAREZ CAPEROCHIPI

## LEY DE DIVORCIO ITALIANA

VARIOS, *Studi sul divorzio. A cura della cattedra di diritto ecclesiastico dell'Università di Roma*, con saggio introduttivo di PIETRO AGOSTINO D'AVACK, 1 vol. de XIII + 502 págs., «Publicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma». Ed. Cedam, Padua, 1972.

Cuando el presente volumen vio la luz, la Ley Fortuna-Baslini, de 1 de diciembre de 1970, había introducido en Italia el divorcio vincular, y se venía ya discutiendo la posibilidad de someter el tema a un

referéndum popular, que aceptase o rechazase definitivamente la institución divorcista en el ordenamiento jurídico italiano. Al escribirse esta recensión, en los primeros días de mayo de 1974, faltan pocas fechas para que el referéndum efectivamente tenga lugar: el 12 de este mismo mes el pueblo de Italia habrá de pronunciarse en las urnas sobre la vigencia o derogación de la Ley Fortuna.

He preferido redactar estas líneas ahora, todavía incierto el resultado de la consulta popular, pues no deseo escribir sobre el divorcio, ni que pese sobre mí la impresión de uno u otro resultado. Pretendo tan sólo —no es otra la misión de una recensión— dar cuenta del contenido de un libro; y hacerlo lejano a toda polémica, a la polémica que en estos momentos apasiona a Italia, para ceñirme a la información a mis posibles lectores acerca de los problemas estrictamente científicos que el volumen recensionado analiza y procura resolver. Es así, además, como seré fiel al espíritu de la obra misma que comento, a cuyo frente el Prof. d'Avack ha escrito que sus autores han procurado mantenerse por encima de las polémicas para ofrecer a los estudiosos una contribución técnica rigurosa y objetiva al conocimiento de la institución jurídica del divorcio y una interpretación exegética de las normas que lo rigen en el Derecho italiano desde 1970.

Si ello quita a la obra que presentamos interés periodístico —que nunca por otra parte pretendió tener— avala en cambio su interés para los cultivadores de la ciencia jurídica. Entre los varios caminos válidos que era posible seguir para el estudio del divorcio en Italia, los autores han elegido ciertamente uno; conscientes de la riqueza ideológica, sociológica, política, etc., del tema, han elegido su vertiente más estrictamente jurídica. Más aún: conocedores de que en relación con el divorcio juegan elementos que van desde el terreno de los sentimientos al de la visión total que cada persona posea del mundo y de la vida, han procurado también alejarse de ese terreno —por otro lado reconociendo su enorme atractivo e interés—, y al efecto han evitado aquellos temas que, en palabras del propio Prof. d'Avack, habían obligado a abandonar el camino de la reconstrucción técnica del instituto del divorcio y del análisis de la Ley Fortuna, para adentrarse en las disputas doctrinales que conscientemente pretendían evitar.

Estas precisiones sitúan al presente volumen en su justo lugar, dentro de los límites que marcan su propia finalidad como obra científica. Precisamente ello nos permite prescindir del resultado del próximo referéndum —próximo hoy, pero ya pasado cuando estas páginas vayan a la imprenta—, ya que no entramos en la cuestión divorcio sí o divorcio no; simplemente, exponemos al hilo de sus propios autores el contenido de un libro que estudia exegéticamente una legislación vigente en un lugar y momento determinado.

La primera observación —y la primera crítica— que en el volumen se hace a la Ley Fortuna, es la de su inoportunidad. El Prof. d'Avack, en sus breves páginas de Introducción, señala en efecto que la Ley fue aprobada y entró en vigor mientras estaba en curso una reforma completa del Derecho de Familia en Italia, y cuando se planteaba la necesidad de llegar a un Derecho común de familia europeo. De ninguna de ambas circunstancias se preocuparon los legisladores, de modo que la importante innovación introducida por la ley en el ordenamiento italiano venía a dificultar —por unas razones técnicas— el normal desarrollo de dos procesos en curso.

Fuera de esta crítica basada en datos ajenos al propio texto legal, entra el volumen —en todo el resto de su contenido— en el estudio directo de la Ley misma. Obra colectiva del equipo de asistentes de la cátedra de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Roma, de la que el Prof. d'Avack es titular, estamos ante un trabajo joven —lo son todos sus autores— y de sistemática bastante completa. La Ley del divorcio ha sido analizada en sus precedentes y en su iter histórico; cuatro colaboraciones han examinado luego —desde diferentes puntos de vista— su constitucionalidad o anticonstitucionalidad dentro del marco del ordenamiento jurídico italiano; sigue a continuación el análisis sistemático del texto: causas de divorcio civiles y penales previstas por la Ley, efectos del divorcio sobre las relaciones conyugales y paterno-filiales y aspectos procesales del tema; para concluir con un análisis de la postura de la Iglesia frente al divorcio italiano, necesario en cuanto que en Italia el Derecho Canónico posee una eficacia civil que queda involucrada en las decisiones legales y jurisprudenciales conexas con la temática divorcista.

El primero de esta serie de temas es el que Massimo Fiore ha estudiado bajo el título **Las vicisitudes del divorcio en Italia en los diversos proyectos de Ley**. Se trata, como es obvio, de un análisis histórico que se inicia a mediados del siglo XIX y conduce hasta la aprobación parlamentaria de la Ley Fortuna-Baslini. Aparte del evidente interés que posee la descripción del itinerario de una institución a través de todo un siglo de historia jurídica de un país, hay que fijar en este caso también la atención sobre las páginas que destina Fiore a analizar el ambiente que ha envuelto en Italia las discusiones parlamentarias sobre el divorcio, y en particular al significado de éstas en las relaciones Iglesia-Estado. Son pocos párrafos, pero muy reveladores en torno a una cuestión fundamental: la de la actitud ante el divorcio de los ciudadanos católicos en cuanto que tales. La cuestión es más profunda de lo que parece, puesto que desborda el aspecto del problema de conciencia y de disciplina intraeclesial para incidir sobre el reconocimiento a nivel social —que el planteamiento del problema del divorcio en una Ley parlamentaria y en un referéndum popular puede entrañar— de que el divorcio sea una cuestión

jurídica estatal cuya legalidad y consiguiente justicia puede ser decidida por el voto de una mayoría. Al lector no se le ocultará, sin duda, que este punto encierre para un católico tanta gravedad —o más incluso— que el problema mismo de la vigencia o no de una Ley divorcista. Y si Fiore no lo resuelve —y en mi opinión ni aun se propone resolverlo, pues va más allá de la temática de su trabajo, al que desbordaría de manera absoluta—, sí que es de notar que lo plantee, siquiera sea a nivel de mera introducción.

Las cuatro colaboraciones que tocan a la constitucionalidad o no de la Ley Fortuna se deben a Franco Modugno (**Reflexiones sobre la legitimidad del art. 34 del Concordato a la luz de la jurisprudencia de la Corte constitucional**), Raffaele Botta (**Matrimonio concordatorio y divorcio según la Corte Constitucional**), Anna Talamanca (**Divorcio y matrimonio concordatorio: problemas de constitucionalidad**), y Carlo Cardia (**El art. 29 de la Constitución: la familia como sociedad natural y la disolubilidad del matrimonio**). En principio, pueden parecer excesivos cuatro trabajos para prácticamente un mismo tema; pero, como explica en su Introducción al Prof. d'Avack, allí donde podía parecer inevitable una elección ideológica pro o contra el divorcio, aunque sólo se hubiese de manifestar de modo indirecto, se ha procurado mantener el tono técnico del volumen llamando a varios autores para una temática común; la cual, estudiada desde diferentes actitudes personales, ofrecerá al lector completa e imparcial información sobre el grado de adecuación entre el texto legal que establece el divorcio en Italia y las normas contenidas de un lado en el Concordato y de otro en la Constitución de la República.

Es conocida la amplia discusión de los eclesiasticistas italianos sobre la «constitucionalización» de los Pactos de Letrán y sobre el art. 7 de la Constitución republicana. Precisamente el tema del divorcio ha venido a someter a tensión aquella cuestión, al hacerla pasar del terreno teórico al práctico, y ello es una materia ya muy tensa por su propia naturaleza. Como Franco Modugno pone de relieve, la legitimidad constitucional del Concordato Lateranense había sido cuestión cuidadosamente evitada durante años por la Corte Constitucional; pero la entrada en vigor de la Ley Fortuna en 1970 hizo inevitable lo que hasta entonces se había eludido, sobre todo a partir del hecho de que la Ley establece el divorcio también para los matrimonios celebrados canónicamente y dotados de efectos civiles a tenor del art. 34 del Concordato. Ha parecido entonces como si la Corte hubiese buscado de modo expreso la ocasión de pronunciarse, puesto que habría podido —siempre según el autor— todavía encontrar el modo de eludir de nuevo en algunas de sus últimas sentencias el espinoso punto de juzgar del Concordato en relación con el art. 7.º de la Carta constitucional. En cambio, ha buscado el emitir ese

juicio, rechazando la tesis de la «constitucionalización» de los Pactos de Letrán; al mismo tiempo, rechazaba asimismo la opinión opuesta de apoyar la posición constitucional del Concordato italiano en el reconocimiento de un mero principio pacticio, y daba entrada a una solución intermedia. El art. 7 de la Constitución —expresa la Corte— no se limita a sancionar un genérico principio pacticio que preside las relaciones entre la Iglesia y el Estado italiano, pero —al reconocer a Estado e Iglesia una recíproca posición de independencia y soberanía— tampoco puede negar los principios supremos del ordenamiento constitucional del Estado. Para la Corte, entre ambas soluciones extremas, el medio estaría en la doble afirmación de que, a) el art. 7.º contiene una precisa referencia al Concordato y, en relación con el contenido del mismo, ha emanado derecho, y, b) el art. 7.º no cierra la puerta al control de la constitucionalidad de las leyes que introduzcan en el ordenamiento italiano las cláusulas de los Pactos Lateranenses.

Porque el interés de esta cuestión no escapará a nadie, ha de recibirse con atención el examen que, sobre las mismas sentencias de la Corte constitucional italiana, efectúa seguidamente Raffaele Botta. La conclusión a que llega, partiendo de similares bases, es la de que la Ley Fortuna ha violado el art. 34 del Concordato de Letrán. El razonamiento que conduce a tal conclusión se apoya en el examen, esta vez, de la constitucionalidad de la propia Ley sobre el divorcio, mediante la aplicación a la misma —como parámetros de constitucionalidad— de los principios supremos relativos al problema del divorcio que cabe deducir del ordenamiento jurídico italiano.

De modo particular centra Botta su interés en la sentencia n. 169 de la Corte constitucional, de 8 de julio de 1971, que habría reconocido la competencia del Estado para modificar el régimen concordatorio de indisolubilidad del vínculo matrimonial. A través de una larga argumentación, siempre en línea de análisis e interpretación de los textos legales —constitución y Concordato—, el autor niega aquella competencia, y en consecuencia la tesis de la Corte recogida en la sentencia n. 169. De aquí, que para el autor, resulte lógico el hecho de que la decisión de la Corte no haya conseguido acallar las dudas de la doctrina jurídica italiana sobre la cuestión controvertida, hasta el punto de que el 12 de julio de 1972 las Secciones Unidas de la Casación civil han considerado «no manifestamente infundada» una excepción de anti-constitucionalidad relativa a la Ley del divorcio. Esta, pues, permanece para el autor como cuestión abierta, en espera de una ulterior decisión que venga a dar al problema una solución más aceptable.

Todavía vuelve a examinar la cuestión Anna Talamanca, si bien elige un camino nuevo: en lugar de un examen de la jurisprudencia, nos ofrece un estudio de la doctrina jurídica, y al hilo de la misma somete a crítica la constitucionalidad de la Ley Fortuna-Bas-

lini. Resulta así un trabajo atento a los aspectos políticos, sociales, etc., del tema, pero sin abandonar la línea general de todo el volumen, de índole —como sabemos— fundamentalmente jurídica y práctica; en este caso, ello se consigue revisando directamente —más que a través de las decisiones jurisprudenciales— los textos controvertidos (arts. 7.º de la Constitución, 34.º del Concordato, 2.º de la Ley Fortuna) para manifestarse sobre sus mutuas relaciones y su recíproca adecuación o incompatibilidad. Esta oportunidad de conocer también el acervo doctrinal nacido en torno a la Ley del divorcio enriquece sin duda el conjunto del libro y atrae la atención del lector hacia aspectos del tema que no han encontrado correspondencia en los textos jurisprudenciales. Así, por ejemplo, y sin agotar la relación, las causas que pudieron mover al legislador a no diferenciar entre matrimonios canónicos y no canónicos a la hora de establecer el divorcio civil —frente del que puede ser el principal punto de contraste entre la Ley Fortuna y los principios concordatarios o constitucionales— han merecido el interés de la autora; así también la problemática relativa a las modalidades y formas constitucionalmente válidas nacido del art. 34 del Concordato lateranense, reforma intentada por la Ley Fortuna-Baslini con discutible acierto.

Para la autora —siempre en esta línea— sólo el examen preliminar de los principios jurídicos que fundamentaron la reforma del sistema matrimonial italiano en 1929 nos permite conocer toda la realidad de este mismo sistema; y es a partir de ahí como puede examinarse —y ella examina— la tutela que el Estado ha asumido el deber de otorgar a los matrimonios canónicos transcritos a tenor del art. 34 del Concordato; los deberes constitucionales del Estado para con ese mismo texto concordado en base a los principios que rigen la interpretación de los tratados internacionales, y en base también al empeño asumido en el art. 7.º de la Constitución le preocupan seguidamente; para, en fin, llegar a la construcción de sus propias conclusiones acerca de los varios puntos litigiosos objeto de su atención.

Ya en las últimas páginas de su trabajo apunta Anna Talamanca un dato de sumo interés, que va a preocupar a su vez profundamente a Carlo Cardia, hasta constituir una de las claves del estudio por él realizado. Me refiero a la diferencia entre divorcio puramente consensual y divorcio en casos legalmente previstos y regulados: y me fijo en este punto del extenso trabajo de Gardia porque puede servir para subrayar cuál es la orientación que da a su estudio; a través de un planteamiento asimismo doctrinal —como Talamanca, y a diferencia de los análisis jurisprudenciales de Botta y Modugno— llega a una postura parcialmente favorable a la constitucionalidad del divorcio en Italia, en contraste con la no constitucionalidad que desde otros puntos de vista señala Talamanca en su colaboración.

El análisis que Carlo Cardia hace de la cuestión se apoya en presupuestos de notable interés: fundamentalmente, recurre a un dato legal nuevo —nuevo en relación con los utilizados por los restantes colaboradores del volumen— como es el concepto de familia que se desune del art. 29 de la Constitución italiana: si la familia es una sociedad natural a tenor del texto constitucional, ¿cabe que se establezca legalmente el divorcio sin entrar en colisión con la Constitución misma? He aquí el tema, cuyo desarrollo ha de arrancar lógicamente del sentido que se dé a esa expresión de sociedad natural; sobre la cual se han pronunciado ya dos amplios sectores de la doctrina, cuyos principales representantes sería Del Giudice y Bellini. Naturalmente, la postura que se adopte en este problema previo conduce de la mano a la que se haya de adoptar en torno a la constitucionalidad del divorcio: no extrañará esta afirmación a quien —como oportunamente cita Cardia— conozca que, para Del Giudice, Sociedad Natural es tanto como Sociedad de Derecho Natural, y que el Derecho Natural ha de discernirse de los principios de la religión católica; mientras para Bellini, al hablar de sociedad natural la Constitución se refiere a la concepción que de la misma tenga la población italiana en su conjunto y en los diferentes momentos de su historia. De aquí la legitimidad constitucional del divorcio en cuanto que sea sentido y querido de hecho por la conciencia social a la que la Constitución habría hecho un reenvío en su art. 29 (Bellini), frente a la ilegitimidad del mismo por su oposición al concepto de familia que aparece recogido en la Constitución (Del Giudice).

Del análisis de estas posturas pasa Cardia a formular su propia interpretación del citado art. 29, para la relación entre la familia, el individuo y el Estado, intentando encontrar el juego de intereses entre ambos tres elementos; su noción de la sociedad familiar intenta superar los condicionamientos del iusnaturalismo, mientras el autor señala los principios constitucionales que presiden esta materia y a los que ha de atenerse el legislador ordinario. Para concluir defendiendo la ilegitimidad constitucional de la indisolubilidad del matrimonio en su formulación tradicional y, a la vez, del divorcio puramente consensual, como opuestas cada una a la libertad de la familia y a su estabilidad, en el sentido en que interesan al Estado en su tutela de aquella sociedad natural. Según el autor, en el caso de un declinar definitivo de los presupuestos materiales y espirituales que sostienen el vínculo conyugal, la legislación ordinaria que impusiera la rígida regla de la indisolubilidad resultaría antitética con las normas constitucionales que subordinan las exigencias del individuo a las de la familia sólo cuando la sociedad natural no se ha extinguido ya en lo que toca a sus componentes esenciales.

Para Cardia, es necesario establecer una legislación que salvaguarde a un tiempo la estabilidad de la

familia y el derecho individual a la formación de un nuevo núcleo familiar. Según él, son estas las dos exigencias que se derivan de los principios constitucionales italianos sobre la familia, y la aparente antítesis que las enfrenta le parece en realidad perfectamente superable. Estima el autor que toca al legislador ordinario disciplinar y prever las causas que testifican una caducidad ya ocurrida e irreparable de la sociedad natural. De ahí su amplia argumentación contra el divorcio puramente consensual y en favor del divorcio reglado. Al lector no deja de preocuparle, en la lectura de estas páginas, el dirigismo estatal a que parece quedar sometida la institución familiar para librarla del dirigismo canónico; y, a la vez, cabe preguntarse sobre el problema, aquí irresuelto, del carácter del Concordato dentro del ordenamiento italiano, ya que la referencia a la inaceptabilidad constitucional de la indisolubilidad establecida por el legislador ordinario parece reducir a ese mero carácter de norma ordinaria e interna el texto concordado.

Los dos siguientes trabajos, de Massimo Jasonni y Cesare Mirabelli, contemplan sendos casos de aplicación de la Ley Fortuna: el divorcio por condena penal, y el divorcio y la inconsumación del matrimonio. Con ellos pasa el volumen de la polémica temática relativa a la existencia misma de la Ley del divorcio y su lugar en el ordenamiento jurídico italiano, a la más pacífica del análisis del contenido y aplicación del texto legal, primero en sus aspectos sustantivos y luego en los procesales.

Jasonni comienza su estudio individualizado, en el marco de la Ley Fortuna-Baslini, a la condena penal como el hecho condicionante, el supuesto de hecho, y al divorcio —que es su consecuencia— como el efecto o situación jurídica condicionada; calificaciones correctas ambas, toda vez que el texto legal admite el divorcio como consecuencia de determinados supuestos de condenas penales. A partir de aquí es como analizar las diferentes hipótesis previstas por el legislador, y los problemas doctrinales y prácticos que cada una encierra. Pero no puede tampoco el autor sustraerse al tema de la constitucionalidad de este divorcio por condena penal, que —si va implícita en la constitucionalidad de la Ley Fortuna— pone sus propios y singulares matices. La respuesta afirmativa del autor da paso a un nuevo problema, del que el propio Jasonni es consciente: el automatismo con que se concede el divorcio al cónyuge no condenado en los supuestos en que la condena de su comparte caiga dentro de los casos legalmente previstos, hace durísima la condición del condenado en prisión, pero más aún al salir de la misma, a la hora de su reinserción en la vida civil. Contra este automatismo se pronuncia el autor; nosotros lo señalamos como un problema más entre los muchos que nacen de la implantación de la institución divorcista, a la que sería ingenuo considerar como una panacea sin contraindicaciones.



Mirabelli se ocupa por su parte del divorcio en los casos de inconsumación del matrimonio. Hay que indicar al respecto que el volumen, en lo que hace a las causas legales de divorcio, no agota el estudio de todos los supuestos previstos por la Ley, lo que es de sentir, toda vez que fácilmente habría podido cubrirse esa falta, enriqueciendo con ello notablemente la publicación.

El interés de esta causa de divorcio del matrimonio prevista por el ordenamiento italiano radica en que es el único caso en que la Ley Fortuna recoge un *caput* de disolución conocido también por el Derecho Canónico. Interés que no nace de una comparación establecida por la doctrina pero ajena al propósito de los legisladores; como el propio Mirabelli apunta, la discusión parlamentaria tuvo, en el caso, muy presente el ordenamiento canónico, hizo a él continuas referencias, se apoyó en sus postulados, e incluso introdujo determinados cambios en el proyecto de Ley para acomodarla en este punto con mayor exactitud al modelo canonístico. Todo lo cual no deja de ser curioso, en una ley en abierto contraste con el Derecho Canónico, y en cuya futura aplicación no parece que quepa acudir a la legislación, la doctrina o la jurisprudencia canónica como otras tantas autoridades o como criterios de interpretación.

Sin embargo, los primeros exégetas de la Ley han trabajado sobre la base del concepto de inconsumación elaborado por la canonística, lo que le lleva a Mirabelli a preguntarse si tal referencia es metodológicamente correcta, y si no estaremos ante la aceptación de la elaboración jurisprudencial y doctrinal de los canonistas por la única razón de su mayor perfección. Lo cual no dejaría de ofrecer problemas en el ámbito del Derecho italiano. De ahí la crítica a que el autor somete cada uno de los argumentos alegados en apoyo de este reclamo de principios canónicos, para concluir que tal referencia no le parece de ningún modo justificada. A partir de aquí el autor emprende la construcción de un concepto de matrimonio no consumado, autónomo frente al concepto canónico y basado sólo en el Derecho italiano y en los principios que lo inspiran, lo que constituye una importante aportación al tema objeto de su estudio.

Concluidos así los temas que directamente se refieren a la institución del divorcio en sí misma, se ocupará seguidamente Caputo de sus efectos en relación con la tutela de los hijos. Para el autor, el ordenamiento italiano se ha visto, en este punto, envuelto en las dos exigencias contrastantes de la estabilidad y la autonomía de la familia. Aquella requeriría la intervención del Estado y la concesión de poderes discrecionales al juez en los casos de crisis, sobre todo si existen hijos menores; ésta excluiría tal intervención, dejando el destino de la familia por completo en manos de los cónyuges. Y, en la búsqueda de la concordancia entre ambas exigencias, cree el

autor que la Constitución italiana otorga el primado a la autonomía, a la que queda subordinada la estabilidad.

Sólo a la luz de esta idea entiende Caputo que es posible comprender la regulación concreta dada al tema en la Ley Fortuna, y la precedente discusión parlamentaria. El problema se le aparece al autor en estos términos: ante la presencia de hijos menores, ¿podía el legislador conceder al juez poderes en orden a denegar la disolución del matrimonio —en defensa de tales hijos— incluso cuando concurriese una causa objetiva de divorcio?

Para resolver el interrogante, analiza el autor las razones aducidas en sede parlamentaria en pro de cada una de las posibles soluciones. La que le parece más coherente con el propio ordenamiento es la de que el Estado no puede ocupar el lugar de los cónyuges sustituyéndoles en su decisión sobre el futuro de la familia; si bien posee —en virtud del principio de subsidiariedad— el deber de suplirlos en la atención a los hijos, cuando la familia se revele incapaz de cumplir esa misión. De aquí que el autor estima que una reforma de las instituciones asistenciales públicas y privadas para la infancia hubiese debido ser cuestión previa a la introducción del divorcio en Italia.

Analiza en fin Caputo al texto legal en orden a precisar las relaciones personales y patrimoniales entre padres e hijos, tal como han quedado reguladas por la ley del divorcio. Análisis asimismo crítico, que permite al autor contemplar también las posibles reformas a introducir en la Ley, en concreto el proyecto Carettoni ya presentado al Senado, y que tiende a hacer que la decisión pro divorcio resulte más meditada, y más responsable, cuando uno de los cónyuges se opone a ella en nombre de motivos de índole moral o familiar, uno de los cuales puede ser precisamente el interés de la prole menor.

Otro de los campos en que el divorcio tiene consecuencias decisivas es el de las relaciones entre los propios cónyuges. Angela María Punzi Nicoló ha afrontado el tema con criterios notoriamente prácticos, como nos lo evidencia la mera enumeración de los numerosos apartados de su extenso trabajo: incidencia del divorcio sobre las relaciones personales entre los cónyuges (ciudadanía, apellido del marido, afinidad, estado, luto viudal) y de las relaciones patrimoniales de origen matrimonial (capitulaciones matrimoniales, el patrimonio familiar, los gananciales, los parafernales, las donaciones propter nupcias), así como aquellas relaciones patrimoniales entre cónyuges no ligadas al matrimonio. Seguidamente, la autora considera al divorcio como fuente de nuevas situaciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial: la asignación periódica y los problemas con ella conexos o de ella derivados (la decisión del juez, la naturaleza

de la prestación, la posibilidad de modificar la asignación, la muerte del cónyuge destinatario y del cónyuge obligado y sus respectivos efectos, la garantía de la obligación, las consecuencias de su incumplimiento y, en fin, la integración de la prestación con cuotas procedentes del trabajo o de la pensión devengada a raíz del fallecimiento del cónyuge obligado).

El aspecto procesal del tema es objeto de la atención de Carmine Punzi. Su planteamiento no es menos práctico que el del trabajo precedente, consistiendo en efecto en la cuidadosa exégesis del texto legal sobre los puntos que se indican: caracteres y naturaleza del procedimiento, funciones y poderes del juez, las partes y su capacidad, el defensor, el juez y su jurisdicción y competencia, el ministerio público y los actos del proceso (demanda, comunicación, comparecencia, conciliación, renuncia a la acción, provisiones simultáneas y urgentes, la instrucción de la causa, la prueba, las situaciones anómalas en el desarrollo del proceso, la sentencia y su impugnación y revisión). Cuestiones todas que, si tienen un particular carácter práctico, no dejan de plantear importantes problemas de fondo, como es el caso de la naturaleza misma del procedimiento, con que el artículo se abre. Sobresale entre aquellos el punto relativo al carácter de la decisión judicial que concede el divorcio: la disolución del vínculo conyugal la pronuncia el Tribunal no para restaurar una situación de derecho lesionada por el comportamiento de una de las partes, no con base a una culpabilidad, sino —a tenor del texto legal— porque se ha comprobado que la comunión espiritual y material entre los cónyuges no puede mantenerse o es reconocida, como consecuencia de la presencia de una de las causas objetivas de divorcio señaladas en la propia Ley. Ello hace que en el procedimiento de divorcio no encontremos la controversia propia del proceso, por lo que la autora se pronuncia sobre los contactos entre aquel procedimiento y el proceso contencioso y la jurisdicción voluntaria.

Un punto interesante, común a ambos estudios de Angela María y de Carmine Punzi, es la advertencia que en ambos se hace de la artificiosidad de la distinción, establecida expresamente por la Ley, entre disolución del matrimonio civil y cesación de los efectos civiles del matrimonio canónico. Tal artificiosidad no nos parece, sin embargo, tan evidente. Según Carmine Punzi de modo concreto apunta, en ambos casos el *petitum* y el objeto de la decisión judicial es la disolución del vínculo conyugal. Afirmación que resulta más que discutible, toda vez que ni la Iglesia reconoce al Estado competencia para disolver un matrimonio canónico, ni el Estado ha pretendido arrogársela. Lo que ha hecho el Estado, en el caso del matrimonio canónico, es negarle efectos civiles, dejar de reconocerlo en los casos previstos por la Ley Fortuna; automáticamente, aquellas dos personas merecen para el Estado la consideración de solteras, con las consecuencias pertinentes. Pero el Estado tiene,

a la vez, buen cuidado de no pronunciarse sobre la continuidad del vínculo canónico, con lo que indirectamente reconoce su permanencia o, mejor dicho, conoce que para el Derecho Canónico el vínculo permanece, lo que es un hecho jurídico objetivo que como tal se reconoce.

Otro aspecto procesal del tema es el examinado por Pasquale Colella, a propósito del valor que alcanzan en Italia las sentencias extranjeras de divorcio. El autor divide su artículo en dos partes, que alcanzan de hecho la misma extensión: primeramente se ocupa de la situación jurídica anterior a la Ley Fortuna, y luego de las consecuencias nuevas que de ésta se han derivado.

En la etapa precedente a la Ley, y no existiendo en Italia el divorcio vincular, era imposible que un juez italiano dictase directamente una sentencia de divorcio, ni para italianos ni para extranjeros; se reconocía la eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio de ciudadanos extranjeros; pero carecían tales sentencias de toda eficacia si al menos uno de los cónyuges fuese italiano. A raíz de la nueva legislación, tanto es posible conceder eficacia a las sentencias extranjeras de divorcio que afectan a italianos, cuanto disolver matrimonios de extranjeros contraídos en Italia. Para el autor, estas especialidades de la disolución del vínculo han de someterse al criterio taxativo de las causas de divorcio marcado por la Ley Fortuna; ello no lleva a analizar la adecuación entre aquellos supuestos y estas causas, en sede de Derecho italiano y de Derecho internacional privado, analizando al respecto así la doctrina como la todavía escasa jurisprudencia.

En fin, el volumen lo cierra Alessandro d'Avack con su estudio acerca de la actitud de la Iglesia católica, sea ante el divorcio en general como ante la Ley que lo introdujo en Italia en particular. Es evidente que este trabajo, al menos en su segunda parte, podría enriquecerse mucho incorporándole las referencias a la actitud de la Iglesia, y en concreto la Santa Sede y el Episcopado italiano, acerca del divorcio con ocasión del referéndum del 12 de mayo de 1974. Pero siendo muy anterior el trabajo de Alessandro d'Avack a esta última etapa de la historia del divorcio italiano, no deja de resultar interesante, en cuanto recoge valiosos testimonios sobre la reacción operada en los círculos oficiales de la Iglesia, y en la doctrina que estudia la indisolubilidad, por la promulgación de la Ley Fortuna-Baslini.

Comienza el autor definiendo las diferentes clases de matrimonio posibles y su valor ante el Derecho Canónico, para calificar a la luz del mismo Derecho al divorcio como acto nulo y antijurídico. Se analizan luego los casos en que la Iglesia permite acudir al divorcio civil —aquellos en que realmente no existe un verdadero matrimonio válido para el Derecho Canó-

nico, y el divorcio civil permite que no lo haya tampoco para el Estado—; si bien en este punto encuentro discutible algunas afirmaciones del autor, como aquella que sostiene la validez natural de un matrimonio canónicamente nulo como es el civil de dos bautizados; la doctrina tendría mucho que objetar a esa validez natural, que no puede confundirse con la existencia de un consentimiento naturalmente suficiente.

Un nuevo punto señalado por el autor es el referente a la diferencia entre obtención del divorcio y celebración de nuevas nupcias; en este segundo acto en el que el autor hace recaer la perversión moral y jurídico-canónica, de la que se derivan consecuencias penales determinadas; la observación es justa, pero incompleta, ya que no se ha obtenido todo el partido posible de la legislación canónica acerca de la atención del segundo matrimonio.

Interés particular —como antes se indicó— ponen las demasiado breves páginas destinadas a recoger las reacciones del episcopado italiano ante la ley Fortuna. A ellas se añaden unas referencias sobre diversas opiniones recientes que, desde dentro de la Iglesia, discuten con escasos fundamentos la propia indisolubilidad del matrimonio; si bien en este punto las citas son escasas y por lo demás conocidas. Como tampoco añaden nada nuevo las elementales sugerencias de **iure canonico condendo** con que el autor cierra su trabajo, y en las que apenas sale de un tono y planteamiento meramente divulgador.

Un índice de autores y otro analítico cierra el importante volumen con que la cátedra romana de Derecho Eclesiástico ha contribuido al estudio del ordenamiento italiano vigente en materia de disolución del vínculo matrimonial.

ALBERTO DE LA HERA

## TEOLOGIA DEL MATRIMONIO

SERGIO CONCHA, *La Teología del Matrimonio en Ioannes Maior. El propósito del acto matrimonial*, 1 vol. de 141 págs. «Anales de la Facultad de Teología de la Universidad Católica de Chile», vol. XXII, Cuaderno 2, Santiago, 1971.

Después de haber indicado, en la introducción de su obra, la importancia que tiene el tratamiento histórico de la doctrina del matrimonio, y una vez que han sido presentados unos trazos generales de la vida de Juan Maior, el autor nos da cuenta del cuadro en que ha de considerarse el trabajo ahora publicado: estamos ante la publicación de un solo capítulo de los cinco que constituyen la tesis doctoral del autor. El lector, por tanto, más que una exposición de la Teo-

logía de Maior sobre el matrimonio, como el título de la obra indica, encuentra, en consonancia con el subtítulo de la publicación, una presentación de la doctrina de dicho teólogo sobre la moralidad del acto matrimonial.

Quizá porque la materia publicada en esta obra es sólo una parte de todo el trabajo realizado por el autor, el tratamiento del tema resulta un tanto parcial. Tomando como base el esquema agustiniano de los **tria bona matrimonii**, Maior analiza la moralidad de las motivaciones que mueven a los cónyuges a la realización del coito, para concluir que, si está fuera de duda que la unión matrimonial realizada con el propósito de engendrar hijos es meritoria, existen otras motivaciones que pueden llevar a los cónyuges a unirse íntimamente sin tener la intención procreadora y sin pecar: evitar el adulterio, recuperar la salud de alguno de los cónyuges, satisfacer el débito conyugal y también la obtención de un moderado placer.

Decimos que es parcial este planteamiento, porque, cerrado en exclusiva sobre la consideración del propósito que mueve a los cónyuges a realizar el acto matrimonial, no hace notar, con la debida claridad, que, si Maior defiende la licitud del acto matrimonial, por motivos diferentes de la generación, parte siempre del supuesto de una recta realización del coito, que, prescindiendo de las diferentes motivaciones subjetivas, tiende siempre a la generación y debe siempre quedar abierto a que la misma tenga lugar como consecuencia de esa recta realización del coito.

A la exposición de los motivos anteriormente indicados, que vienen tratados bajo la consideración del **bonum prolis**, en el apartado del **bonum fidei**, Maior se fija más en las razones que pueden excusar de la obligación de prestar el débito conyugal: el daño a la salud ya quebrantada de uno de los cónyuges y el haberse decretado la separación conyugal. Sin embargo, se opone, contra el sentir de algunos autores anteriores, a que durante los días de la menstruación y durante el tiempo del embarazo tengan obligación los esposos de evitar la unión matrimonial.

Pero Concha no se limita a una presentación del pensamiento de Juan Maior, en torno a los temas antes indicados. Consciente de que el pensamiento de Maior adquiera más importancia por ser uno de los autores que más subrayó la licitud moral del coito matrimonial aun por motivaciones diferentes de la generación de la prole, procura en cada tema señalar, a grandes rasgos, el sentir de la doctrina anterior como medio para valorar mejor el pensamiento de Maior. Y es mérito del autor, a este propósito haber captado con delicadeza que las modificaciones doctrinales introducidas por Maior no le impiden comprender que autores anteriores pudieran juzgar más rigurosamente la moralidad del coito, «non quia indicantur eam esse malam, sed ob prinitatem qui in ea delinquitur» (p. 93, nota 157).